

## 法人の不法行為と犯罪行為(二)

——その背後に実在している事業体を直視する必要性——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに——従来の「企業責任」論・「法人処罰」論には何が欠けているのか——……………五〇巻三号
- 二 事業体の存在構造、組合・社団・財団の違い、そして法人の機能……………本号
- 三 組合の不法行為と社団の不法行為……………
- 四 組合の犯罪行為と社団の犯罪行為……………
- 五 むすび……………

### 二 事業体の存在構造、組合・社団・財団の違い、そして法人の機能

一 今日では一人会社などの一人法人が認められているが、このような制度を除外して考察すると、一定の目的事業を行う事業体の存在形態として、(1)一人の出資者が事業主として経営権を掌握している個人事業体と、(2)複数人が出資して経営に関与する共同事業体があり、後者の共同事業体として、①組合と、②社団がある。さらに、(3)財団が特殊な事業形態として存在している。

組合は、各当事者が出資をして共同事業を営み、その利益を分配するという組合契約によって成立する人的団体であるが(民六六七条)、団体性は稀薄で、契約性の方が強く現われ、組合という団体よりも組合員が対内的にも、対外

的にも法律関係の担手となり、組合財産は共有財産として組合員全員に帰属する（（民六六））と説かれている。（五〇）

わが国では、一定の要件を備えた組合が設立登記をすれば、合名会社や合資会社（そして、新会社法の下では合同会社）として、法人格を付与されて組合法人となる。そして、組合の対外関係のみならず対内関係についても、組合員の相互関係としてではなく、法人である会社が前面に出て、会社の業務執行機関が会社の業務として処理し、組合財産は組合員の共有財産としてではなく、法人である会社の財産として管理・運用されるようになる、と説明される。（五七）

右の法人としての会社に関する説明は、会社が一個の法主体であることを前面に出している。しかし、民法上の組合に関する説明は、組合を複数人の結合体、共同事業体と位置づけているものの、複数人が一体となつて統一意思を形成し、それを共同して実現し、その成果として取得・負担した権利・業務は各組合員ではなく、組合という共同事業体に帰属する姿、即ち結合している組合員全員の共有財産となっている姿を把握するものではない。

むしろ、カルテルのように、複数の事業者が競争の制限という共通の目的のために、協定した価額で販売したり、協定した地域で販売するというように、各事業者が共通の内容の事業活動を行うことにして、その監視組織や共同販売組織を作る事例や、ジョイントベンチャーのように、A社とB社が個別の事業体であることを失うことなく、連合して一つの事業を共通の事業として請負った上で、それぞれが分担した分野の仕事を行う事例が想定されており、合名会社のように出資者全員で統一事業体を形成し、統一意思の下に共同して事業を行う事例に焦点を合わせているわけではない。

商法学者の人的会社（合名会社・合資会社）に関する説明にしても、法人格を剥ぎ取つて見た組合の姿は、全組合員が共同事業のために一体となつて活動する存在ではなく、各組合員が共通の目的のために活動し、組合と組合員との間にではなく、組合員相互間に権利・義務関係が発生するものとされている。したがって、法人となった組合、即

ち合名会社は、組合員全員によって形成された単一の共同事業体とは解されず、「個人企業の共同経営形態」とされ、事業の内容が共通している複数の事業者が協力し合う契約関係にすぎず、各組合員は独立した事業者として理解されている。

注(五六) 民法上の組合については、加藤一郎「鈴木禄弥編・注釈民法(7)〔有斐閣・一九六九年〕二頁以下・二四頁以下」〔福地俊雄〕、鈴木禄弥編・新版注釈民法(7)〔有斐閣・一九九三年〕一頁以下・三〇頁以下〔福地俊雄〕、森泉 章「団体に関する法技術」〔岩波講座基本法学2・団体〕〔岩波書店・一九八三年〕三五頁以下。

(五七) 日本商法における合名会社に関しては、大森忠雄「矢沢 惇編・注釈会社法(1)〔有斐閣・一九七一年〕二二九頁以下」〔谷川 久〕、上柳克郎「鴻 常夫」〔竹内昭夫編・新版注釈会社法(1)〔有斐閣・一九八五年〕一八七頁以下〕〔谷川 久〕。

(五八) 谷川・注(五七)注会(1)二二九頁、同・注(五七)新注会(1)一八七頁。

二 従来の学説によれば、社團は組合とは異なり、社員相互間の契約関係ではなく、団体としての統一性が強く、構成員の加入・脱退の自由が予定され、団体の意思を形成する出資者総会の決議に基づいて選出された者によって構成される執行機関によって運営され、事業活動によって取得・負担した権利・義務は社團自体に帰属し、構成員は何ら債務も責任も負担しないとされる。<sup>(五九)</sup>

そして、判例は「権利能力のない社團」の成立要件として、「団体としての組織をそなえ、多数決の原則が行われ、構成員の変更にかかわらず団体が存続し、その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理等、団体としての主要な点が確定していることを要する」としている(最判・昭和三九年一〇月一五日・民集一八卷八号一六七頁)。これは、「権利能力のない社團」というためには、団体としての組織を備え、代表の方法・総会の運営・財産の管理、その他社團として主要な点が、規則によって確定しているものでなければならない」とされる我妻博士の見解に近い。<sup>(五九a)</sup>

しかし、社団という団体について説明するのに、団体とか社団という言葉を繰り返して使用されると、「社団とは、どのような団体なのか」という問に対してストレートに答えておらず、隔靴搔痒の感がする。したがって、社団と組合の違いに関する説明も、感覚的には何となく分かったような気にはさせてくれるものの、理論的に、すっきりとした説明にはなっていない。

財団法人の説明に至るや、循環論法は極みに達している。というのは、財団は一定の目的に捧げられた財産の集合体で、この集合体が一定の目的のために組織され、永續性をもつものとされているとした上で、財団に法人格が認められ、「法人成り」したのが財団法人であるとされているからである。

しかし、目的財産といえども、普通の財産と同じように、自然人によって管理・運用される対象であり、客体であって、これが自らを支配し、管理・運用する主体になるというのは論理矛盾である。したがって、目的財産が「法人成り」ということは、あり得ないことである。

注(五九) 森泉・注(三四)注民(2)三四頁以下、同・注(三四)新注民(2)七四頁以下、同・注(五七)基本法学2三三頁以下。

(五九 a) 我妻 栄・新訂民法総則「岩波書店・一九六五年」一三三頁。

(六〇) 社団と組合の違いについては、林・注(三四)注民(2)八頁、森泉・注(三四)注民(2)三四頁以下、同・注(三四)新注民(2)七四頁以下、奥田・注(三四)新注民(2)四二頁以下、福地・注(五六)注民(2)三頁・五頁九頁以下、同・注(五六)新注民(2)二頁・五頁以下・一〇頁以下。

株式会社と合名会社の違いにつき、福地・注(五六)注民(2)一五頁以下、同・注(五六)新注民(2)一七頁以下、大隅健一郎注(五七)注会(1)一九頁以下、上柳克郎・注(五七)新注会(1)一九頁以下。

(六一) 林・注(三四)注民(2)四頁・一二頁、森泉・注(三四)注民(2)六八頁以下、同・注(三四)新注民(2)一一六頁以下、同・注(五六)基本法学2三六頁以下。

(六二) 拙稿・注(五二)佐賀四二巻一号一三三頁、拙著・注(五三)社団法人四七頁以下・五二頁。

三 組合の説明にしろ、社團の説明や財団の説明にしろ、実用法学者(法解釈学者)の説明は民法や商法(会社法)の規定を念頭に置いて捉えがちである。そのために、組合や社團や財団の捉え方が法律の規定に則して団体の表面だけを觀察するに止まり、これらの事業体の内部にまで入り込んで、一体全体どのようなになっているのかという、内部構造・全体構造を把握していない。

つまり、「組合」とは、一体全体、どのような構造をした事業体なのか、「社團」とは、一体全体、どのような構造をした事業体なのか、「財団」とは、一体全体、どのような構造をした事業体なのか、「財団」とは、一体全体、どのような構造をした事業体なのか」ということが理論的・客観的に分析されていない。そのために、組合や社團・財団という事業体の形態は、「何が」どのように「違っており」、「なぜ」違っているのかということを理論的・体系的に説明することが出来ないのである。それだけでなく、法人になつていない事業体と法人になつた事業体は、事業体の内部構造は全く變つていないのに、法人となることによつて、「何が」なぜ「どのように」變るのかということについても、十分に明らかにされていない。

民法学の分野では、これまでの研究により、法人については説明されて来たが、団体の内部關係については研究が足りないの、後者の研究に取組む必要があるという趣旨のことがいわれて来た。<sup>(六三)</sup>しかし、法人論から団体法論へと進むのは順序が逆転しており、<sup>(六四)</sup>このような手順を踏んで行くと、既成の法人概念が団体の理解に対して悪影響を与える虞がある。このことは、複數人から成る共同事業体を人の結合体ではなく人の集合にすぎないとして、個人に解体してしまう法人擬制説ないし否認説を見れば理解できるであらう。

団体(共同事業体)と法人は内面と表面・実質と形式の關係にある。表面・形式にすぎない法人を觀察するだけでは、内面・実質である団体・共同事業体の内部構造は何も見えて来ない。団体・共同事業体の内部構造が理解できてこそ、団体の外皮である法人の意義・機能も理解することが出来るようになる。

そして、団体・共同事業体の内部構造を把握することによつてこそ、団体・共同事業体の事業活動の仕組み、さら

には不法行為や犯罪行為の仕組みを理解できるようになる。団体・共同事業体の外皮である法人を観察しても、法人の不法行為や犯罪行為の仕組みを把握することは出来ない。

因に、二〇〇三年度の日本私法学会では「団体論・法人論の現代的課題」というテーマでシンポジウムが開かれているが、<sup>(六五)</sup> 団体の内部構造を分析した上で法人の意義・機能を見直すという基礎的作業の必要性は意識されていないようである。

注(六三) 川島武宜・民法(三)改訂増補「有斐閣・一九五五年」二一九頁以下・二五四頁、同・民法総則「有斐閣・一九六五年」九六頁・九七頁・一一三頁、星野英一「法人論・権利能力なき社团・財団論を兼ねて」民法論集第四卷「有斐閣・一九七八年」一五六頁〔後記〕、同「法人の設立、法人・団体の解散」法学教室一八三号(一九九五年)三二頁・星野・民法のもう一つの学び方「有斐閣・二〇〇二年」に収録。

(六四) 拙著・注(五三)企業と団体二四〇頁注(4)、同・注(五三)社团法人三七頁・三三八頁・四六六頁。

(六五) 報告レジュメについては、NBL七六七号(二〇〇三年)八頁以下、質疑応答については、私法60号(二〇〇四年)五頁以下。

四 組合や社团・財団の内部構造、即ち、これらの事業体の内部は「一体全体どうなっているのか」ということを探った上で、これらの事業形態の違いを明らかにするためには、個人事業を含めた全ての形態の事業体の内部構造を分析するための共通の「物差し」が必要である。

つまり、これらの事業形態の全てに含まれている「事業体」という共通の要素を対象にして、「事業体とは、どのような内部構造を有する存在なのか」という問題を、感覚的ではなく、論理的に解明して、これを共通の「物差し」にして、組合や社团、財団を分析する必要がある。要するに、事業体の内部構造を論理的に解明した上で、各種の

事業体の構造の独自性を明らかにしておく必要がある。そして、そのためには、法解釈学・実用法学の方法論とは異なった、認識のための法律学・理論法学としての方法論が必要である。

前章八節において言及したように、商法を企業に関する特別私法であるとして、私法の一般法である民法に対する独自性を主張する商法<sup>リ</sup>企業法説の「企業」概念は経済学や経営学からの借物にすぎなかった。そこで、私は、企業を法現象として把握するために、組合や社団、合名会社や株式会社に関する学説や判例を資料(情報源)にし、企業を個別資本と解する経営学説(個別資本説)を参考にして、法現象としての企業を**本質・実体・現象形態**の三つの次元を構成する要素に分解した上で、これを総合することにより、法現象としての企業の全体構造を、その内部から論理的に把握することに辿り着いた。<sup>(六七)</sup>

因に、右の私の独特の方法論、即ち考察対象である法学的概念や法制度を**本質・実体・現象形態**に分解した上で総合することにより、考察対象の全体構造を論理的・客観的に把握するという試みは、法律を適用して紛争の妥当な解決を図ることに奉仕する実用法学とは次元を異にする、「メタ実用法学としての理論法学」を目差すものであり、実用法学に対して基礎理論を提供するものである。つまり、実用法学とは目的や発想、観点が異なっていることに注意して頂きたい。というのは、私見を実用法学の論稿と受け止めて、概念法学にすぎないと批判される方がいるが、私が目差しているのは「法学的概念の自身を明確にする」理論法学である。

それは前置き、右の方法論を用いて解明した、法現象としての企業の内部構造を、営利事業のみならず非営利事業を含む事業体全般の内部構造の解明に応用すると、事業体の内部構造は次のようになる。

注(六六) 個別資本説を代表する著書として、中西寅雄・経営経済学「日本評論社・一九三一年」、馬場克三・個別資本と経営技術「有斐閣・一九五七年」、同・経営経済学「税務経理協会・一九六六年」、三戸 公・個別資本論序説―経営学批判「森山書店・一九六九



年」。

(六七) 拙稿・注(四九)佐賀一二巻三号一一頁以下、拙著・注(五三)企業と団体一頁以下。私が「なぜ」どのようにして「この方法論に辿り着いたのか」ということについては、拙稿「最終講義『民商法二元論と資本主義私法論の漂着点―実定法の哲学・私法哲学を目差して』佐賀三七巻六号(二〇〇五年)一頁以下。

(六八) 拙稿「日本民法・商法における権利の期間制限(一)―実体法上の権利の構造論を根底に据えて」佐賀四四巻三号(二〇一一年)一八九頁以下、同「同(二・完)」佐賀四六巻六号(二〇一四年)一〇八頁以下。なお、「メタ」という観点については、平野仁彦「亀井 洋」服部高宏・法哲学「有斐閣・二〇〇二年」八七頁。

五 事業体の**本質**は一定の事業をする人の意思である。目的とする事業が社会に有害ではないと認められて、この

(六九)

事業意思が社会から受け容れられると、事業意思の主体、即ち事業主に事業をする権利(事業権)が認められ、市民社会における「営業の自由」が保障される。この、市民相互間において保障されている「営業の自由」を国家も尊重し、事業をめぐる市民間の紛争を解決し、利害対立を調整してもらうところに、国民の憲法上の権利としての「営業の自由」がある。(七〇)

事業主に認められた「営業の自由」の保障としての事業権は、事業活動権と事業財産権とから構成されており、事業体の**実体**をなしている。つまり、この事業権の保障なしには事業が成り立たないという、事業体にとって中核的な要素であり、事業体の**本質**をなす事業意思を実行に移していくことが法的に保護されている状態を捉えたものである。

事業活動権は、読んで字の如く、目的とする事業活動をする権利であり、事業体の**実体**をなす事業権の動的な姿である。この権利は人格権に属するが、事業財産権は、読んで字の如く、財産権に属し、事業権の静的な姿である。つまり、出資の受入れをも含めた事業活動によって取得した人的・物的財産を目的事業に適合するように有機的に



組み合わせ、組織的に一体化させて管理・運用している状態にある財産が事業財産であるが、この事業財産を管理・運用している状態が法的に保護されているところに事業財産権は成立する。事業活動によって取得した財産を有機的・組織的に一体化して、事業財産を形成し、管理・運用すること自体は事業活動権の行使であり、事業活動権と事業財産権は表裏一体となつて、事業体の**実体**をなす事業権を構成している。

因に、右の有機的・組織的に一体化して管理・運用している事業財産に対する事業主の権利は最も広い意味における占有権である。つまり、特定の物を自己のためにする意思をもつて事実上、支配・管理しているところに狭義の占有権が成立し(○民一八)、特定の財産権を自己のためにする意思をもつて行使するところに準占有権が成立する(○民二五)。そして、事業体に属する一群の積極財産の上に財団抵当権を設定する制度が設けられているが、この積極財産の集合体の上に広い意味での占有権を認めることが出来る。さらに、積極財産と消極財産(債務)を含めた事業財産全体の上に、最広義の占有権を認めることが出来る。(七二)

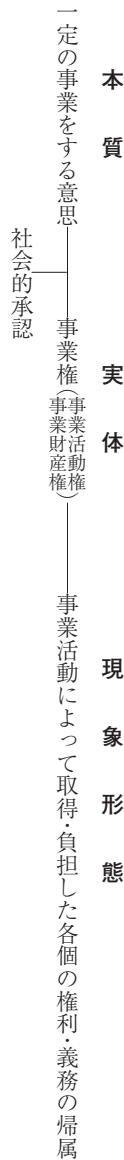
このような占有権を認める意義は、営業譲渡(商一六条以下、会四六七条一六条)の対象が事業体に帰属している個々の権利の集まりにすぎないのではなく、有機的・組織的の一体としての事業財産に対する権利であり、一体として管理・運用されている事実状態のまま引渡すことにより譲渡契約は履行され、各種の登記・登録の移転や債務者への通知などは事業財産を構成している各個の物や権利を移転するための對抗要件にすぎないことを明らかにすることが出来る<sup>(七二)</sup>ところにある。なお、事業体の合併(下七八二条以下、独禁一五条以下)は、事業財産権だけでなく、事業体の**本質**をなす事業意思や事業体の**実体**をなす事業権(事業活動権と事業財産権)、そして事業体の**現象形態**をなす各個の権利・義務をも含む、事業体全体を複数の事業体が一体化させる行為であり、企業担保は右の事業体全体を担保にする制度である。<sup>(七三)</sup>

事業体の事業活動によって、事業主は各個の権利(物権や債権・知的財産権・商号権など)を取得し、債務を負担することになるが、これは事業体の**本質**をなす事業意思が具体的に結実した姿であり、事業体の**現象形態**、即ち一番外側の

姿を成す。これらの個々の権利・義務の中、財産的価値のある部分、あるいは財産的価値に影響を与える部分が財産目録（一般法人三三五条、会社法八三三條）に個別的に記載され、貸借対照表の資産の部・負債の部に種目ごとに記載される。

右に述べた事業体の論理構造を図式化して整理すると、次のようになる。

図1 事業体の存在構造



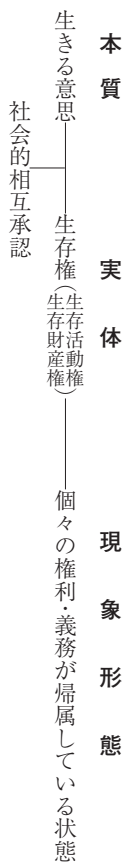
因に、財産法における「人」の存在構造を論理的に分析すると、その本質は生きる意思であり、この生存意思を人々が相互に承認し合うところに各人が自分らしく生存する権利が成立する。この自由権としての生存権は生存活動権と生存財産権が表裏一体の関係において構成しているが、これが「人」の実体をなす。そして、個々の権利・義務が帰属している姿が「人」の現象形態をなすが、個々の権利・義務は生存活動によって取得・負担するとともに、生存活動によって有機的・組織的に一体化されて生存財産を構成するという関係にある。この生存財産は、事業体でいえば積極財産と消極財産を有機的・組織的に一体化して、事実上、支配・管理している事業財産に相当する目的財産であり、相続によって包括承継される客体である。その点では、営業譲渡によって一体としての営業財産が包括承継されるのと同じである。

したがって、相続人が複数存在する場合、共同相続人は被相続人に帰属していた個々の権利・義務の中から一身専属的なものを除いて共同相続するのではなく、被相続人に帰属していた生存財産を、一身専属的なものを除いて

一体として共同相続する。その結果、被相続人の生存財産を構成していた個々の権利・義務も共同して相続することになる。そして、共同相続された遺産Ⅱ被相続人の生存財産は複数の相続人によって共同管理され、遺産を構成している個々の権利・義務は複数の相続人に共有・準共有され、あるいは複数の相続人の分割債務や不可分債務・連帯債務となるのではなく、ひとまずは遺産の管理・処分を行う共同相続人団体の管理・支配下に置かれ、遺産を構成する個々の権利・義務は右の遺産管理共同体に合有的に帰属する<sup>(七三)</sup>。

右に述べた、法における人間の存在構造を図式化して整理すると、次のようになる。

図2 財産法における人間の存在構造



注(六九) 事業意思が社会から承認され、受け容れられる必要があるところに、「企業の社会的責任CSR」の根拠がある。この点については、拙稿・注(一二)佐賀五〇巻二号六〇頁以下。

(七〇) 「営業の自由は国家によって尊重されるべき憲法上の権利としての「国家からの自由」である以前に、まず市民相互間において尊重されるべき自由Ⅱ権利であり、これが基本的人権といわれる権利の原型である。国家は、この市民社会で市民が認め合っている自由Ⅱ権利に無闇に介入することなく、これを尊重し、市民間において争いが生じた場合に調整する義務を負っている。この国家の義務によって守られる自由(国家による自由)の反面において、国家権力の濫用を防止するために、「国家からの自由」としての国民の憲法上の権利を保障する必要がある。

この点については、拙稿「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関性(一)」「(四・六) いわゆる『営業の自由』論争を参考にして」佐賀三二巻二・五号(一九九九・二〇〇〇年)。なお、拙稿「所有権の内在的制約・外在的制約・政策的制約(一)」

(四・完)―憲法二九条と民法三〇六条二〇七条[佐賀三二巻五号・六号(一九九九年)、三二巻一号・二号(一九九九年)]。

(七一) この点については、拙著『所有権と占有権―物権法の基礎法理』成文堂二〇〇三年「一六七頁以下(とくに、一八二頁)。

なお、平野裕之組合と権利能力なき社団論における共有論の可能性―財産群法理と団体的拘束原理―『法学研究八四巻一二号(二〇一二年)七四四頁以下で用いられる「財産群」という概念は、私見の「事業財産」や、後述する「生存財産」に相当するのではないだろうか。

因に、一物一権主義という固定概念に囚われたことが原因かどうか分からないが、最広義の占有権の対象となる事業財産権を認めないために、我妻博士や川島博士が企業の法的構成に苦勞されたことにつき、拙稿・注(四九)佐賀一二巻三号三〇頁注(5)。

(七二) 拙稿・注(四九)佐賀一二巻三号一七頁以下、同・注(五一)佐賀三四巻四号七八頁。

(七三) 拙稿・注(五一)佐賀三四巻四号七九頁以下。

(七三a) この点については、拙著・注(七一)所有権一七〇頁以下、拙稿『共同相続財産の二重の共有論について』(中)(下)―共有と共有・補論三(出)(下)[佐賀二八巻四号・五号・六号(一九九五・九六年)]。

六 前節で述べた事業体の論理構造は、個人事業の場合には、そっくり、そのまま当てはまる。しかし、組合事業体の場合には参加者が複数になるので、修正が必要になる。

ところで、組合と一口にいつても大きく分けて、①各参加者は別個・独自の事業者である地位を維持したまま、参加者達の共通の目的を達成するために協力関係を築く場合で、カルテルやジョイント・ベンチャーが好例である。<sup>(七四)</sup>これに対して、②各参加者は別個・独自の事業者としてではなく、全員が一体となり、共同して事業を行うために結合関係を形成する場合で、合名会社<sup>(七五)</sup>が好例である。

前者はローマ法のソキエタスに近く、後者はゲルマン法の合手組合に近いが、ドイツ商法の合名会社は合手組合の発展形態である。これに対して、わが国の合名会社は法人とされているので<sup>(会三条。なお、商田五四条一項)</sup>、法人格を取り払って、

その背後に存在している事業体を捉えなければならないが、このことは、法人の機能を考える際に大いに参考になる。

わが国では複数人が参加する事業体として社團という形態(民法旧三四条以下)を認めていることもあり、民法の組合に関する規定(民六六七条以下)は、組合を②のような団体として純化することなく、①の要素を含んだ規定になっている(民法上の組合における契約性と団体性の混在)。事業体の不法行為や犯罪行為について説明することを目的とする本稿にとつては、②の型の組合を考察の対象とし、①の型の組合は考察の対象から除外して、②型と比較する材料として言及するに止める。というのは、①型の組合に関連して、複数人による不法行為や犯罪行為が問題になる場合、共同不法行為(民七九条)や共犯(刑六〇条以下)の問題として処理すれば十分である。団体の不法行為や犯罪行為として問題にされるのは、②型の組合か社團、あるいは財団を形成している場合である。したがって、爾後、本稿において「組合」という場合、②型の組合のことである。

例えば、A・B・Cの三名が組合を創って共同事業をする場合、A・B・Cは各自が別個・独自の事業者として、三名に共通している事業を自己自身のために、自己自身の計算において行うのではなく、A・B・Cとして一体となつて、統一された事業を、A・B・Cの統一された一個の事業意思に基づいて、A・B・Cのために、A・B・Cの計算において行うのである。したがって、事業体の本質をなす事業意思も、事業体の実体をなす事業権(事業活動権・事業財産権)も、そして事業体の現象形態をなす個々の権利・義務も、全て結合体としてのA・B・Cに帰属する。

つまり、AとBとCが定款を作成して(会五七五条一項、民六六七条一項)、一個の統一された事業意思の下に一体となり、A・B・Cとして共同事業を行い、それによって取得した権利はA・B・Cに帰属して合手財産となるのであって、AとBとCの共有財産になるのではない。したがって、AやBやCは、組合に帰属している財産を共有持分に応じて使用する権利(民二四九条)や、共有持分に基づいて管理・運用に参加する権利(民二五一条)や、共有物分割請求権(民二五六条)を有してい

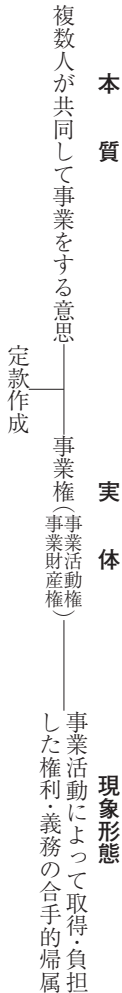
ない。組合財産の管理・運用は組合の事業活動権として行われ、各組合員は、これに参加する権利を有するが、それは個人の権利であるとともに、組合のために行使すべき権限でもある業務執行権（会五九〇条以下。な  
お、民六七〇条以下）の行使として行われる。<sup>〔七六〕</sup>

組合事業によって負担した債務は、AとBとCの分割債務（民四二二条）や不可分債務（民四二八条以下、  
下新四三〇条）、あるいは連帯債務（民四三二条以下）になるのではなく、ABCの合手債務となり、組合財産ABCの合手財産で弁済しない場合には、AとBとCが個人財産で弁済する責任を負う（会五八〇条一項）。したがって、組合財産に関する管理費用なども、AとBとCが共有持分にに応じて分担する（民二五三）のではなく、ABCの合手債務となる。なお、組合の事業活動により利益が生じた場合、AとBとCは組合に対して配当請求権（会六二二条一項）を有し、組合が解散した場合、残余財産分配請求権（会六六条）を有するなど、組合の事業財産権に参加する権利が認められる。<sup>〔七七〕</sup>

要するに、組合の場合、共同事業を行うために結合した組合員全員の統一的な事業意思、即ち全員で共同して事業をする意思が**本質**をなす。そして、事業体の**実体**をなす事業権（事業活動権・事業財産権）や**現象形態**をなす個々の権利・義務は、統一事業意思の下に結合した組合員全員に合手的に（不可分割的に）帰属する。

右に述べた組合の論理構造を図式化して整理すると、次のようになる。

図3 組合の存在構造



注(七四) 同旨、福地・注(五六)、注民(七)一頁・一八頁・二二頁、同・注(五六)新注民(七)二二頁。

(七五) 品川孝次・注(五六)注民(七)四九頁、同・注(五六)新注民(七)六〇頁。

なお、ローマ法のソキエタスについては、石本雅男「羅馬法に於ける *societas* の概念とその機能(一)(二・完)法と経済三卷二号(一九三四年)五一頁以下・三号(一九三四年)三九頁以下、船田亨二・ローマ法第三卷「岩波書店・一九七〇年」二〇六頁以下。

(七六) 共有と合有の違いについては、拙稿・注(五二)佐賀四〇巻五号一三七頁以下、拙著・注(五三)企業と団体二四五頁以下、同・注(五三)財産法一三頁以下。

(七七) 合手組合員・合名会社員の権利・義務については、拙稿・注(五二)佐賀四〇巻五号一三九頁以下・一四四頁以下、拙著・注(五三)企業と団体一一頁以下・六二頁以下。

(七八) 合手組合・合名会社の論理構造について詳しくは、拙著・注(五三)企業と団体一七九頁以下。

七 組合の場合、共同事業を行おうとする複数の人達が、共同事業の目的などを定めた、組合の「憲法」ともいうべき定款を作成すると、それで組合は成立する<sup>(七九)</sup>。会社法五七六条一項は合名会社の定款に定めるべき事項を規定しているが、共同事業に参加する者全員で、そのような定款を作り署名または記名押印した上で<sup>(会五七五)</sup>、本店の所在地で設立登記をすれば合名会社が成立する<sup>(会五七七)</sup>。しかし、設立登記をしないで事業活動が続けると、法人でない合手組合として活動することになる。

これに対して、社団の場合には定款を作るだけでは足りず、『一般社団法人及び一般財団法人に関する法律』<sup>(八〇)</sup>以下、「一般法人法」と略す)は、一般社団法人の機関として社員総会<sup>(三五条)</sup>のほかに、理事を置かねばならず、理事会や監事または会計監査人を置くことができるとしている<sup>(六〇条一項二項、六一条六二条)</sup>。

営利社団法人である株式会社の場合、株主総会<sup>(会二九五)</sup>のほかに、取締役を置かなければならず<sup>(会三二六)</sup>、定款の定めによって、取締役会・会計参与・監査役・監査役会・会計監査人または委員会を置くことができるとされている



(会三二六条二項、なお三二七条)。このような組織機構を備えた団体が、設立登記をすれば株式会社として法人となるが(会四九条)設立登記をしないまま事業活動をすれば、法人でない社団(八二)として活動することになる。

法人でない社団のまま活動が続けるのであれば、一般法人法や会社法が定めるとおりの組織機構を作る必要はないが、それでも、社会から社団としての存在を認められるためには、団体の意思決定機関として出資者の総会と、団体の業務執行機関として理事ないし取締役を置く必要がある。法人である社団であれ、法人でない社団であれ、これらの機関の組織体が社団といわれる団体であり、この組織体が事業体の**本質**をなす事業意思の主体である。したがって、そのような機関の組織体である社団が事業体の**実体**をなす事業権(事業活動権と事業財産権)の主体となり、事業体の現象形態である個々の権利・義務の帰属主体となる。

団体の財産は団体に帰属し、出資者の共有財産ではないこと、したがって出資者は利益配当請求権ないし剰余金配当請求権(会四五二条以下)などの形で団体財産に関わることは、組合と社団の間に違いはない。しかし、団体の事業活動に関しては、両者の間に大きな違いがある。

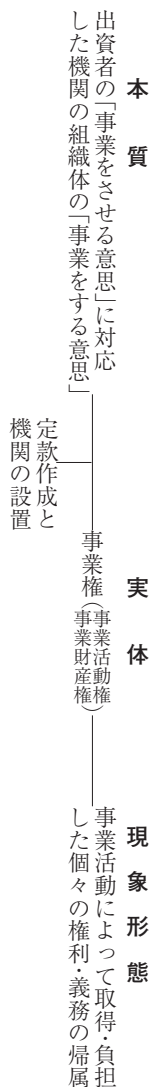
組合は複数の出資者の共同事業体であり、各出資者が他の出資者と一緒になって事業をする意思が合致しているところに、事業体の**本質**をなす事業意思は形成されている。したがって、原則として、各出資者は組合の業務執行に参与する権利を有している。

これに対して、社団の業務執行は理事(会)や取締役(会)に委ねられ、社団の出資者は出資者総会の決議を介して、理事や取締役などの役員の選任・解任を行ったり、団体の存続に関わる重要事項を決定し(一般法人三五条一項二項、六三二条以下、会二九五条三二)、出資者総会招集請求権(一般社団三七条)や帳簿閲覧請求権(一般法人一二二条)などの少数出資者権を行使することにより、社団の業務執行に参与できるようにするにすぎない。

組合と社団の業務執行に関して、このような違いが生じる原因は、組合は気心の知れた、信頼し合える者によって構成される小規模な共同事業体が想定されている。これに対して、社団は互いに面識のない多数の人からの出資を集めて作る大規模な事業体が想定されており、出資者全員が共同で経営するのは不合理というよりも不可能である。そこで、少数の専門経営者に事業活動を委ね、「所有と経営の分離」を行うことになる。

社団の出資者は「共同して事業を行う」意思で出資をするのではなく、経営者をして「事業をさせる」意思の下に出資をし、各種の機関を有する組織体を形成した上で、経営者に事業を委ねることにする。したがって、社団は、出資者が共同して事業をする意思を**本質**とする事業体ではなく、機関の組織体が協働して事業を行う意思の主体となり、事業権（事業活動権や事業財産権）の主体となり、事業活動によって取得・負担した権利・義務の帰属主体になる。<sup>(八二)</sup> 右に述べた社団の論理構造を図式化して整理すると、次のようになる。

図4 社団の存在構造



注(七九) 組合設立の合意は契約なのか、合同行為なのかという議論があるが「福地・注(五六) 注民(四二) 四頁以下、同・注(五六) 新注民(四一) 四頁以下・三〇頁以下」、合同行為説を支持する「拙著 注(五三) 企業と団体 一一頁以下」。

(八〇) 後述するように、合名会社の出資者＝社員と株式会社や一般社団法人への出資者の法的地位は異なっている。したがっ

て、会社の構成員である前者を社員と呼ぶのは妥当である。しかし、後者への出資者は出資者総会の構成員ではあっても、機関の組織体である社団そのものの構成員ではない。したがって、これを社員とは呼ばないで、出資者と呼ぶ方が混乱を避けることができる。それ故に、社員総会という呼び方に代えて、出資者総会と呼ぶことにする。

(八一) 第一〇節において述べるように、合手組合や法人でない社団・財団は出資者や機関の構成員である自然人とは別個独自の権利・義務の主体である。だとすれば、これらの団体を「権利能力なき団体」とか、「権利能力なき社団・財団」と呼ぶのは論理的に矛盾しており、「法人でない」団体・社団・財団と呼ぶべきである。その方が、法人である団体との区別・連関性(違いと繋がり)を理解し、法人の機能を理解する上で有益である。

(八二) この点については、拙著・注(五三)企業と団体三七三頁以下、同・注(五三)社団法人一一頁以下。

八 これまでに述べて来たところでは、組合と社団を別の種類・形態の団体・事業体としている。このような取扱い方に対して、社会に実在している団体には組合の要素が濃いものから、社団の要素が濃いものまで、種々様々なものがあり、組合か社団かという具合に明確に分けることは出来ないから、組合と社団を峻別するのは妥当でないとする見解が支配的である。<sup>(八三)</sup>

実際に存在している団体の内部関係や外部関係をめぐる紛争の妥当な解決を計るための提案をする実用法学の領域では、組合と社団を峻別する発想では処理しえない事例が多く、このような峻別の法理は役に立たないだけでなく、紛争の妥当な解決へと導く妨げとなるであろう。

しかし、団体に関する実定法は社団(法人)と組合に分けて別々の規定を設けているし、商法の旧規定も新会社法も株式会社と合名会社(持分会社)を別の種類の会社として扱っている。したがって、これらの団体・会社に関する規定について説明するテキストは、これらの団体や会社を別の種類のものとして取り上げており、具体的な紛争を処理する裁判においても、いずれの規範を援用して判決を正当化するのか、その選択をしなければならないわけであ

る。

だとすれば、組合と社団は「何が」どのように「違うのか」、「なぜ」そのような違いが生じるのか、ということを理解しておく必要がある。<sup>(八四)</sup>そして、そのためには、組合や社団とは、どのような団体なのか、という問題を解明しておく必要がある。このような理論的な作業が行われておれば、具体的に問題となっている団体が組合に近いのか、社団に近いのかを判断して、紛争解決の<sup>(八五)</sup>(正当化)のために適用する裁判規範を選択する際や、実際に団体を創る場合の参考になるであろう。

さらに、本稿のテーマと関連する問題として、刑法学の分野において法人の犯罪能力を認める根拠として、法人(正確には団体)を構成している一定の自然人の意思や行為を法人の意思や行為として取扱うことが出来るとする説がある(同一視理論)。その場合、法人(団体)を構成している「どの範囲の」自然人の意思や行為を法人の意思や行為として扱うのか、ということが問題になる。このような問題は法人の不法行為に關しても生じる。そして、法人の犯罪行為が能力の問題にしろ、不法行為が能力の問題にしろ、法人の背後に実在している団体が組合なのか、社団なのかによって、右の問題に対する答は違ってくることは次章以下で述べるが、その違いが生じる根拠は、組合と社団の内部構造の違いにある。

注(八三) 林・注(三四)注民(2)八頁、森泉・注(三四)注民(2)三五頁以下、同・注(三四)新注民(2)七六頁、福地・注(五六)注民(2)一頁以下、同・注(五六)新注民(2)一四頁以下・一九頁、星野・注(六三)論集(4)一五六頁・一五八頁、同「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第一卷「有斐閣一九七〇年」二四八頁以下・二七九頁以下。その他の文献につき、拙稿注(五二)佐賀四〇巻五号一一五頁注(一四二)。

なお、団体を社団と組合に二分する理解と、これに対する批判説につき、山田誠二「団体、共同所有、および、共同債権関係」星野英一代表編集「民法講座別巻1」「有斐閣一九九〇年」三三六頁以下・三四五頁以下。

(八四) 組合と社団の違いについては前節においても触れたが、両者の設立手続や出資者の加入・脱退手続、一人会社の可否、解散事由などの違いにつき、注(五二)の拙稿・佐賀四〇巻四号一四二頁以下、四〇巻五号二一〇頁以下・一一五頁以下・一三五頁以下・一四一頁以下・一四四頁以下・一五六頁以下、四一巻六号一七三頁以下・一八六頁以下・一九四頁以下、拙著注(五三)社団法人一頁以下・四二四頁以下。

(八五) 拙稿・注(五二)佐賀四〇巻五号一四四頁。同旨、森泉注(三四)注民(2)三六頁、同・注(三四)新注民(2)七六頁、福地注(五六)注民(一)三頁以下、同・注(五六)新注民(一)一五頁。なお、江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫Ⅱ龍田 節編、現代企業法講座第五巻[東京大学出版会・一九八五年]六二頁・六六頁。

九 財団とは一定の目的のために使途が制約された目的財産で、これに法人格が付与されたのが財団法人であるとされている[前掲注(六二)参照]。

このような説明方法はドイツ民法学に倣ったものである。しかし、一定の目的のために使途が制約されている目的財産といえども、普通の財産と同じように、自然人によって一定の目的のために管理・運用される対象にすぎない。したがって、そのような管理・運用の客体が管理・運用の主体となることは在り得ない[前掲注(六二)参照]。このことは、個人事業や組合・社団の**実体**の一部をなす事業財産権の対象である事業財産、即ち一定の目的事業のために有機的・組織的に一体化されて管理・運用されている財産を見れば明らかである(第五節七節参照)。

一定の目的のために出捐された財産が財団となるためには、出捐者の個人財産から分離され、明確に区別された状態に置かれて、当該目的を達成するために組織された管理機構の下で管理・運用されていなければならない。要するに、目的財産の分離と管理体制の確立、そして出捐者個人の生活とは区別された、団体としての社会活動を行っていることが、財団として成立し、存在しているか否かの判断基準となる(最判・昭和四四年一月四日・民集三三卷一一号一九五一頁。<sup>(八六)</sup>)

この管理機構こそが目的財産を管理・運用する主体であり、この管理・運用する主体の下で目的財産は管理・運用される対象となっているのである。一般法人法は一般財団法人の機関として評議員、評議員会、理事、理事会及び監事を置かなければならないとし<sup>(一七〇)</sup>、定款の定めにより会計監査人を置くことができるとしている<sup>(一七〇条二項。なお、</sup>  
<sup>一七)</sup>。このような機関の組織体が目的財産を管理し、定款所定の目的のために運用して社会的活動を行うところに、財団という事業体の存在を認めることが出来るのである。

この機関の組織体は、財産の出捐者の「一定の目的のために事業をさせる」意思を実現するために設けられたものであり、この組織体が財団の**本質**をなす「一定の事業をする意思」の主体であり、財団の**実体**をなす事業権<sup>(八七)</sup>（事業活動権・事業財産権）、そして**現象形態**である個々の権利・義務が帰属する主体である。

かくして、財団という事業体は、財産の出捐者の「事業をさせる意思」を実現するために設けられた機関の組織体であるという点では、社団と同じである。しかし、社団では出資者総会という意思決定機関を設けなければならないのに対して、財団には、そのような機関が存在しないところに、両者の違いがある。<sup>(八八)</sup>

因に、組合では出資者が業務執行権を分有して、組合の事業活動に直接的に参加する。社団では出資者は出資者総会や少数出資者権などを介して、社団の事業活動に間接的に参加する。これに対して、財団では財産出捐者の意思は定款に反映されるものの、財産の出捐者という資格で財団の事業活動に関与する権利・権限は認められていない。<sup>(八九)</sup>

このような違いを見ると、社団は組合と財団の中間形態であり、歴史的にも組合から財団へと移行する過渡的な形態といえるのかも知れない。つまり、株式会社という事業形態は、今のところ社団とされているが、財団へと移行しつつあるといえるのかも知れない。<sup>(九〇)</sup>しかし、株主総会を必須の機関とし、最高の意思決定機関としている現行法の下で、株式会社を財団法人と解するのは、無理である。<sup>(九二)</sup>

注(八六) 森泉・注(三四)注民(二)六八頁、同・注(三四)新注民(二)一一六頁、同・注(五六)基本法学2三六頁以下。なお、林注(三  
四)注民(二)二二頁。

(八七) 相続人不明の相続財産が法人とされ(民九五一一条)、破産財団が法主体と解されているのは、裁判所が、これらの財産を「管理させる」意思の下に、これらの財産を管理する管理人や管財人を選任して(民九五二一条一項・破七四一条一項)、「財産を管理する」意思の主体を形成しているからである。この点については、拙著・注(五三)企業と団体三九四頁注(4)。

(八八) 拙稿・注(五二)佐賀四二巻一号一二二頁、拙著・注(五三)社團法人一二頁以下・五三頁。

(八九) 拙著・注(五三)社團法人四七頁。

(九〇) 服部栄三・株式の本質と会社能力「有斐閣・一九六四年」五五頁は、株式会社は社團法人でも財団法人でもない、両者の中間に位置する第三種の法人とされる。服部説に対する私の批判として、拙稿・注(五二)佐賀四二巻一号一二六頁以下。

(九二) 株式会社を財団法人とする説については、拙著・注(五三)社團法人四三頁以下。

(九二) この点については、拙稿・注(五二)佐賀四二巻一号一一七頁以下、拙著・注(五三)社團法人四三頁以下。

一〇 会社法や一般法人法が定める設立手続を経て持分会社や株式会社の前身となる合手組合や社團が形成され、一般法人の前身となる社團や財団が形成され、設立登記がなされると、これらの団体は法人として公認されることになる(会四九条・五七九条、一般法人二二)。(条一六三條。なお、商旧五七條)。

ところで、従来の学説によれば、法人とは自然人以外のもので、権利・義務の主体たる地位(資格)を有するものである、とされている。<sup>(九三)</sup>設立登記を経て法人となった団体が権利・義務の主体として認められることについては、誰も異存のないところである。

それでは、設立登記をすれば法人となる段階まで来ているにも拘わらず、設立登記をしていないために法人となっていない合手組合や社團・財団は、権利・義務の主体として認められないのであろうか。株式会社の設立に例をとると、創立総会(会六五)が無事終了して、後は設立登記を残すだけの段階にあるが、設立登記をしていないため



に、「設立中の会社」として「権利能力なき社団」の状態にある場合<sup>(九四)</sup>、株式引受人が株式払込取扱銀行に払込んでいる預金債権<sup>(会六三)</sup>や、現物出資された財産に対する権利<sup>(会三四)</sup>は、「設立中の会社」に帰属する財産とは認められないのであろうか。

これまでの論述から明らかなように、法人でない合手組合や法人でない社団・財団は、出資者や機関を構成している自然人によって担われ、運営されているが、これらの自然人とは別個・独自の意思の主体であり、活動の主体であり、権利・義務の主体である。

合手組合は複数の出資者によって構成され、これらの構成員が一体となつて「共同して事業をする意思」を形成し、事業活動を行っている。それ故に、これらの一体として結合した関係にある組合員全員が右の「共同して事業をする意思」の主体であり、事業活動権や事業財産権の主体であり、事業活動によって取得し、負担した権利・義務の帰属主体となるのであり、個々の組合員が主体となるのではない。つまり、合手組合を構成している個々の組合員が所有権や債権などの権利を取得し、債務を負担しているのではなく、合手組合そのものが権利を取得し、義務を負担している。したがって、法人でない合手組合は、法人ではないといえ、各組合員とは別個・独自の権利・義務の主体であり、法主体<sup>(九四)</sup>である。

機関の組織体である社団や財団の本質をなす「事業をする意思」は、社団や財団という機関の組織体の事業意思であつて、出資者・出捐者個人の事業意思ではない。出資者や出捐者には「事業をさせる意思」はあるものの、自ら「事業をする意思」を有してはいない。業務執行機関の構成員には、機関の構成員として「事業をする」意思は有しているが、機関の構成員たる地位を離れた個人として「事業をする」意思を有しているわけではない。

したがって、法人でない社団や財団に関しても、事業活動権や事業財産権、そして事業活動によって取得し負担する権利・義務は社団や財団に帰属し、出資者個人や機関構成員個人に帰属するわけではない。なお、「権利能力な

き社団」の財産は総社員の総有に属すると解する説が支配的見解であつた。<sup>(九五)</sup>しかし、合有と総有の区別は曖昧であるだけでなく、合手組合のように団体構成員全員で一個の権利を有し、各構成員が事業の管理・運営に参加する権利と事業財産ないし事業用財産について使用・収益する権利を有する共同所有形態を合有と解するならば、入会権について総有という概念を用いて説明する必要はない。まして、近代的な事業形態である社団の所有形態を、前近代的なゲルマン法の共同体を説明するための「総有」という概念で説明する必要はない。<sup>(九六)</sup>社団に帰属する財産については社団有と呼び、合手組合に帰属する財産については合手組合有ないし合有と呼んで区別するのが簡明である。法人でない社団や財団は、法人ではなくても、出資者とは別個・独自の法主体であり、権利・義務の主体である。したがって、これらの事業体を可及的に社団法人や財団法人と同じように取扱うのは妥当であるが、これを<sup>(九八)</sup>「権利能力なき社団・財団」と呼ぶのは妥当でない。そして、「法人とは、自然人以外のもので、権利・義務の主体たる地位<sup>(九九)</sup>（資格を有するものである）」という説明では、法人である団体と法人でない団体の違いを説明することは出来ない。

注(九三) 林・注(三四)注民(2)三頁、同注(三四)新注民(2)一頁。

(九四) 株式会社設立手続を説明し、発起人の行為の効果が成立後の会社に帰属することを説明するために「設立中の会社」という概念が用いられている。しかし、この概念は必要でもなければ、有用でもなく、発起人組合と会社の前身である団体との区別が判然としなくなり、かえって有害である。この点については、拙著・注(五三)社団法人一三三頁以下。

(九四a) わが国の団体法学が手本にして来たドイツにおいて、一九七〇年代以降、社団と組合の峻別を前提にしながら、組合の権利主体性の承認を個別分野ごと拡張しているものの、法人と同じ扱いではないことにつき、福田清明「日独における社団と組合の峻別論の発展―民法上の組合の権利主体性を中心に」明治学院大学法学研究72号(二〇〇一年)二四頁以下。

(九五) 「権利能力なき社団」の財産の帰属形態に関する諸学説については、森泉・注(三四)注民(2)四三頁以下、同注(三四)新注民(2)八五頁以下、平野・注(七二)法研八四卷一二号七三七頁以下、柳 勝司「権利能力なき」社団の財産の帰属といわゆる総有理論について」名城法学十六巻四号(二〇一五年)九八頁以下。

(九六) 拙著・注(五三)企業と団体二九一頁以下。同頁、平野・注(七一)法研八四卷一二号七四三頁以下「社团所有説も放棄されている。七五七頁注(51)」、柳・注(九五)名城六四卷四号一〇三頁以下・一〇九頁。なお、今日においても、「権利能力なき社团」の財産関係につき「総有」という概念を用いる論稿として、後藤元伸「権利能力なき社团の法理と民法上の組合」法律時報八五卷九号(二〇一三年)三〇頁以下。

(九七) これを「組合有」としないで「合手組合有」とするのは、組合にはローマ型とゲルマン型があるので「前掲注(七五)参照」、両者を区別する必要があるからである。

(九八) 「権利能力なき社团・財団」については、奥田・注(三四)注民(二)二頁以下、同・注(三四)新注民(二)四二頁以下、森泉・注(三四)注民(二)三〇頁以下・六八頁以下、同・注(三四)新注民(二)七一頁以下・一一六頁以下。阿久沢利明「権利能力なき社团」前掲注(二)民法講座(1)三三七頁以下、相本 宏「権利能力なき社团・財団の財産関係―法人組合との異同も含む―」加藤一郎・米倉明編・民法の争点I「有斐閣・一九八五年」二四頁以下。

一般法人法の制定などの状況の変化により「権利能力なき社团」の法理は役割を終えたとする見解として、後藤元伸「権利能力なき社团論の現在―ドイツ民法典制定過程における議論の再評価―」阪大法字五五卷三〓四合併号(二〇〇五年)四一頁。なお、平野・注(七一)法研八四卷一二号七四三頁・七四七頁。

(九九) なお、能見善久「法人の法的意義の再検討」NBL七六七号(二〇〇三年)五一頁以下は、「権利能力なき社团」を法人と限りなく近付けることの正当化の根拠を問題にされる。しかし、法人でない団体も一個・独立の法主体とする私見では、法人である団体と区別することの方が問題になる。

一一 法人でない団体(組合・社团・財団)といえども、出資者や機関の構成員個人とは別個・独自の事業意思を有する存在であり、別個・独自の事業権を認められているが故に、別個・独自の法主体であり、出資者の単なる集団や目的財産にすぎないものではない。だとすれば、法人である団体と法人でない団体は「何が」どのように「違っているのか。要するに、法人の意義・機能とは何であろうか。

設立登記をすることにより法人となることが出来る、準則主義を前提にして両者を比較してみよう。設立登記を

して法人となった団体は、どのような目的・組織・規模の事業体であり、どのような形態を採り、「どこに」事業所があり、「誰が」役員をしているのかなどの重要事項が公示されている。したがって、登記簿の複写を見せることにより、自然人とは別個・独自の法主体として事業体が形成されており、一定の事業活動をしていることを簡単に証明することが出来る。したがって、その事業体名義で権利を取得したり、義務を負担したり、登記・登録をすることも出来る。

これに対して、設立登記をしていない団体は、右に述べたような情報を公示していない。そのために、どのような目的・規模・組織・形態の事業体が、「いつ」形成され、「どこに」事業所が在り、「誰が」役員をしているのかという、重要な情報を外部の第三者は容易に知ることが出来ない。したがって、ある人物が、ある事業体の代表者と称して、あるいは従業員と称して商談に來ても、初対面の人にとって、そのような事業体が存在しているのか否か、その人が契約を締結する権限を有しているのか否かを判断しようにも、その手懸りが存在していない。商談に行った人にしても、事業体の存在や権限の存在を証明して、相手方から信用してもらうのは極めて困難である。したがって、事業体名義の契約を成立させ、権利を取得し、義務を負担し、登記・登録をするのも困難である。

この例から分かるように、事業体(人的結合・機関の組織体)の存在を公示させることにより、その存在の証明を容易にし、法人団体の名で事業活動をしたり、権利を取得し、義務を負担することが出来るようにするところに、法人という制度の第一の意義・機能がある。(一〇〇)そして、法人という制度が出資者個人の生活領域(生存活動や生存財産)と事業体の活動領域(事業活動や事業財産)とを分別する機能を果たすことを利用して、社団や財団という形態を採らずに、単独出資者の事業体を一人法人として、出資者個人の生活領域から明確に区別するところに、法人制度の第二の意義・機能がある。(一〇一)

これまでは、出資者が単独で事業をしようとすれば、個人事業として行いか、一人会社のような社団法人、ある

いは財団法人の形態を採るしか方法がなかった。しかし、個人事業だと無限責任を負担しなければならないし、個人事業主の死亡などにより事業の継続が中断される。社団法人や財団法人を設立するには、機関を設ける必要があるし、従来の民法の下では公益法人しか認められておらず、しかも主務官庁の許可を必要としていた(四三)。  
(四三)

したがって、このような不都合や不便を解消する一環として、一人弁護士法人(弁三〇条の二三第一項七号、三〇条の二四)のような一人法人制度が、一人社団法人や一人財団法人とは別の制度として認められるようになった。

法人の第一の機能は、第二の機能を包摂しているが、第二の機能は第一の機能を含んでいない。したがって、法人の機能として、出資者の個人的な財産関係と事業体の財産関係の分別を重視したり、これに加えて、複数人に帰属する権利・義務につき単一の帰属点を作り出し、複数人の集団関係を個人の関係として簡便に処理する法技術と解する説は、第二の機能の一面を把握している。しかし、財産面・静態面にばかり目を向けていると、出資者個人の活動と事業体の活動を区別するという、もう一つの重要な、しかも財産的な権利・義務を取得・負担する根拠となる活動面・動態面という重要な側面を見落すことになる。さらに、法人の第一の機能、即ち人的結合体である組合や、機関の組織体である社団・財団の存在を証明するという機能を無視することになる。

このような難点は、法人擬制説や法人否認説に必然的に内在せざるを得ない難点である。しかし、法人实在説(正確には、団体实在説)は法人の第二の機能を把握しえないところに難点がある。(四四)このような反省に基づいて法人を定義すると、法人とは、出資者個人や機関構成員個人とは別個・独自の法主体である事業体が設立されていることを公的に証明する法制度である、ということになる。

このような捉え方をするためには、法人論から団体法論へと進むのではなく、団体法論から法人論へと進む必要がある。(四五)しかも、実定法の条文のみを法解釈学の方法でなぞるのではなく、事業体の法的構造・団体の法的構造を論理的に説明するという基礎作業を欠かすことは出来ない。

なお、一般法人法が制定されて民法総則の法人に関する規定が空洞化する一方で、一人弁護士法人などの特殊な制度が認められている。そのために、民法(債権関係)改正に関連して、法人や組合に関する民法の規定をどうすべきかということが論じられた。<sup>(一〇六)</sup>次に民法を改正する機会があるとすれば、合手組合を含めた団体に関する規定と法人に関する規定を民法総則に定め、債権編の組合に関する規定は契約関係として純化するべきである。

注(一〇〇) 拙稿・注(五二)佐賀四〇巻六号一六八頁以下、拙著・注(五三)企業と団体二一九頁・三七五頁以下・三八三頁、同注(五三)社団法人三七頁・二八頁・二七頁以下・二三三頁・二五四頁・三八七頁、拙稿「法人団体と非法人団体の区別・連関性——平成二年商法改正附則を手がかりに佐賀二八巻一号(一九九五年)一一三頁以下。

法人団体と法人でない団体の右の違いは、法律婚と事実婚における夫婦であることの証明方法や難易度の違いと同じである。後者につき、二宮周平「家族と法——個人化と多様化の中で」岩波書店二〇〇七年「五八頁以下。

(一〇一) 拙稿・注(五二)佐賀四〇巻六号一七一頁以下・一九一頁以下、同注(五二)佐賀四一巻六号一七〇頁以下、拙著・注(五三)社団法人四六六頁。

(一〇二) 星野・注(八三)論集(一)二六五頁・二七〇頁以下。なお、上柳克郎「法人論研究序説会社法・手形法論集」有斐閣・一九八〇年「一頁。

(一〇三) 川島・注(六三)民法(三)二二六頁、同注(六三)総則八九頁、同「企業の法人格」川島武宜著作集第六巻「岩波書店・一九八二年」四五頁以下、同「法的構成としての『法人』」著作集(六)七四頁以下。なお、竹内昭夫・注(五七)注会(一)一四三頁、同注(五七)新注会(一)六二頁。

川島博士の法人論に対する私の批判として、拙著・注(五三)企業と団体三九〇頁以下、同注(五三)社団法人三二〇頁以下・三三三頁以下・三三八頁・三九一頁・四六四頁以下。

(一〇四) 法人本質論・法人論については、林・注(三四)注民(二)四頁以下、同注(三四)新注民(二)二頁以下、相本 宏「法人論」注(二)民法講座(一)一一一頁以下、森泉 章「大野秀夫・法人論史——法人本質論を中心に」水本 浩「平井一雄編」日本民法学史各論「信山社・一九九七年」二頁以下。

(一〇五) 拙稿・注(五二)佐賀四〇巻六号一七六頁・一九四頁、拙著・注(五三)企業と団体二四〇頁注(4)、同注(五三)社団法人

人三七頁・三三八頁・四六六頁。

(一〇六) 河内 宏「法人規定についてどう考えるか―商法、一般法人法との関係で、民法に残すべきなのか」椿 寿夫ほか編「法律時報増刊 民法改正を考える」日本評論社・二〇〇八年「五六頁以下、後藤元伸「法人、組合などの団体に關する規律の体系化とその内容的整理についてどう考えるか」前掲書六六頁以下。

一二 法人を、自然人以外のもので権利・義務の主体たる地位(資格)を有するものとしたり、財産関係を分別する法制度、あるいは複数人の集団に帰属する権利・義務を単一の主体に帰属するようにして簡便に処理する法技術として、表面的・一面的に捉えようと、法人の不法行為や犯罪行為ということを問題にする余地はない。にも拘わらず、刑法学説の中には、このような法人の捉え方を前提にして、「法人の犯罪能力」や「法人処罰」の問題に取り組んでいくために、無用な混乱が生じている。

例えば、末端の従業員をも企業組織体の一員と解し、そのような従業員の中の「どの」従業員の過失によって法益侵害が惹起されたのかということ特定するまでもなく、企業の組織的な過失を認めて企業の刑事責任を問うことを提唱される板倉説<sup>(一〇七)</sup>に対して、企業組織体と、その所有者である法人を区別することなく、両者を混同しているという批判がある<sup>(一〇八)</sup>。

この批判説によれば、従業員は企業組織体の構成員ではあるが、法人としての会社の構成員ではなく、会社に雇用された使用人にすぎないから、企業組織体と法人は区別しなければならないという訳である。このような批判説に対して、企業体と、その所有者である法人の区別は私法上の考え方であって、刑法の観点からは企業体と法人を同一視することが、むしろ法の目的に合致しているのではないかとする反対意見<sup>(一〇九)</sup>が出されている。

さらに、法人という権利・義務関係を整理するための法的存在に目を向けるのではなく、組織としての社会的存



在である企業を直視しようとする刑法学説がある<sup>(二〇)</sup>。しかし、「法人」は単に財産に関する権利・義務の帰属主体となる地位や資格に止まるものではなく、その背後に在る事業体の活動が出資者の個人的活動ではないこと、したがって、事業体の活動の成果である権利・義務の帰属主体は事業体そのものであって、出資者個人ではないことを明確にして、事業体が事業体への出資者とは異なる法主体であることを明確にするための法技術であり、法制度である。

このことを理解するならば、次のようなことが分かるであろう。企業組織体と法人を区別して、法人が企業主として企業の財産を所有すると解したり、企業組織体と法人を同一視するのは、いずれも一面的な見方である。しかも、経済現象としての企業と法現象としての企業を区別することなく、経済現象としての企業を対象にしている。しかし、企業を法現象として捉え直した上で、法人でない共同事業体と法人である共同事業体を区別・連関づけ、さらに組合と社団を区別して考察しなければならぬことが分かるであろう<sup>(二一)</sup>。つまり、法人の背後には出資者の結合体としての組合や、機関の組織体としての社団・財団が在り、これが事業主、即ち事業体の**本質**をなす事業意思の主体であり、事業体の**実体**をなす事業権の主体であり、事業体の**現象形態**である個々の権利・義務の帰属主体となっている。そして、このような事業主の存在を第三者に対して明確にするために公示して、その存在を公的に証明するのが法人という制度であることが分かるであろう。

法人と企業組織体の区別・連関性を明確に把握していないという難点は、刑法学だけではなく、法人について専門的に考察しなければならない民法学においても見られるところである。潮見教授は、法人の不法「行為」を否定する平井説に反論するためには、行為論の次元で「企業の行為」を定立することが不可欠の作業であるとされる。にも拘わらず、企業の不法行為構成の中には企業組織体という実質を重視して、法人格の存否にこだわらない立場が少なくないが、法人であることを前提とした上で、法人の実質としての企業組織体に注目して過失・法人自身の行為義務違反

を構想して行くとされる。<sup>(一三)</sup>しかし、これでは「企業の行為」を定立しようとしているのか、「法人の行為」を定立しようとしているのかが分からなくなるし、企業と法人の区別・連関性も解明できないであろう。

企業の不法行為構成が成功していないのは、企業を経済現象として考え、法現象として捉え直していないところにある。つまり、法律学に固有の企業概念を構想した上で、この企業概念に即して組合や社団の内部構造を解明し、組合や社団は法人でなくても、出資者や機関を構成する個人とは別個の法主体であり、独自の事業意思と事業権、とりわけ事業活動権を有しているが故に、法律行為能力だけでなく、不法行為能力<sup>(一四)</sup>さらには犯罪行為能力<sup>(一五)</sup>を有することを論証していないところに企業の不法行為構成が成功しておらず、平井説のような批判を招く原因があると考え

る。因に、潮見教授は民法旧四四一条一項<sup>(現一般法人法七八条)</sup>に関して、法人自身の組織体としての行為<sup>(故意・過失ある行為)</sup>を觀念せずに理事の行為を法人に帰責するには、他人<sup>(理事)</sup>が犯した不法行為についての法人の責任を法律でとくに、しかも七一五条におけるよりも厳しく規定したものと考えざるを得ない面があるとされる。<sup>(一四)</sup>法人自身の組織体としての行為を觀念しない場合には、そのようになるが、この点は授措いて、組織体としての行為が法人の行為と評価される場合には、組織体と法人は区別されているのではなく、両者の間の連関性・同一性が重視されているのである。

なお、既に述べたように平井博士は、法人や企業を「觀念的存在」とし、法人を企業自体が擬人化されたものという見解を主張されている。<sup>(一五)</sup>この立場からは、法人ないし企業の不法行為能力や犯罪行為能力を問題にする余地はない。しかし、企業は「觀念的存在」ではなく、実際に社会で活動している現実的存在であり、法人は企業を擬人化したものではなく、企業の法主体性を明確化するものである。それ故に、企業活動に伴って発生する法益侵害が企業ないし法人の行為として、法律問題になるわけである。第三章と第四章では、本章で分析した組合および社団の内

部構造に即して、組合および社団の不法行為、犯罪行為について考察する。

注(一〇七) 前掲注(一八)参照。なお、伊東研祐「組織体刑事責任論―同一視説、あるいは、いわゆる代位責任説を超えて」田宮 裕博士追悼論集上巻[信山社・二〇〇一年]四〇五頁以下は、組織体ないし法人自体の行為・活動・意思決定・認識という表現をされているが、板倉説に近い立場といえよう。青木・注(二〇)産法三〇巻三〇四合併号二八頁以下も、「法人自体の過失」という表現をされているが、法人と企業組織体を同一視されるのか否かは不明である。

(一〇八) 中野・注(二〇)早法五四巻一〇二合併号一〇二頁。

(一〇九) 佐伯・注(四)一四二頁。

(一一〇) 吉岡・注(二〇)法叢一四〇巻五〇六合併号七八頁・一〇七頁。

(一一一) 吉岡・注(二〇)法叢一四〇巻五〇六合併号一〇四頁。

(一二二) 津田・注(一四)一橋三巻三号二五六頁以下は、刑法学において、法人と企業ないし事業体を区別・連関づけようとしているが、経営組織論に依拠した試みであり、企業ないし事業体を法現象として捉えようとするものではない。

なお、法人の犯罪行為能力を認める見解の中でも、法人・法人企業・企業法・企業組織体・組織体などの用語につき不統一・錯綜した状況に至った原因や、犯罪の主体を「法人」から「企業(組織体)」とするに至った経緯を考察した上で、刑法理論や刑事政策の視点から整理する必要性を説く論稿として、高橋千賀子「法人の刑事責任―法人の犯罪能力肯定説における用語の多様化について」慶應義塾大学大学院・法学政治学論究八四号(二〇一〇年)二頁以下。

(一三三) 潮見・注(二)三七二頁以下。

(一三四) 潮見・注(二)三八四頁。

(二一五) 前掲注(八)の平井説参照。なお、神例・注(二〇)松山一三巻三号九頁以下は、法人自身が自己の業務について特別の知識や経験を有しているということは、フィクションとしてはともかく、事実問題としては考えられないし、法人自身が危険を支配ないし管理するということは事実問題としてありえないとされる。

〔未完〕